



Roj: **STSJ GAL 6991/2017 - ECLI:ES:TSJGAL:2017:6991**

Id Cendoj: **15030340012017105004**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **09/11/2017**

Nº de Recurso: **2778/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **MANUEL CARLOS GARCIA CARBALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA**

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

**Tfno:** 981-184 845/959/939

**Fax:** 881-881133/981184853

**NIG:** 15030 44 4 2016 0004804 **SECRETARÍA SRA. FREIRE CORZO**

Equipo/usuario: MP

Modelo: 402250

**RSU RECURSO SUPLICACION 0002778 /2017 IP**

Procedimiento origen: DERECHOS FUNDAMENTALES 0000950 /2016

Sobre: DERECHOS FUNDAMENTALES

**RECURRENTE/S D/ña** EL CORTE INGLES SA, Santos

**ABOGADO/A:** MARIA JOSE VARELA MIRAS, ANA ISABEL SORIANO GARCIA-CUERVA

**PROCURADOR:** , RAFAEL FRANCISCO PEREZ LIZARRITURRI

GRADUADO/A SOCIAL:

**RECURRIDO/S D/ña:** MINISTERIO FISCAL, Camino , CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA , Clara

**ABOGADO/A:** , SANDRA GARRIDO FERNANDEZ , LIDIA VAZQUEZ MENDEZ , INMACULADA DEL POZO GARZON

**PROCURADOR:** , ,

**GRADUADO/A SOCIAL:** , ,

**ILMO/A SR/SRA MAGISTRADOS**

**D/Dª JOSE MANUEL MARIÑO COTELO**

**FERNANDO LOUSADA AROCHENA**

**MANUEL CARLOS GARCIA CARBALLO**

En A CORUÑA, a nueve de noviembre de dos mil diecisiete.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE****EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA**

En el RECURSO SUPPLICACION 0002778 /2017, formalizado por el/la D/D<sup>a</sup> MARIA JOSE VARELA MIRAS, Letrado, en nombre y representación de Camino , contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 3 de A CORUÑA en el procedimiento DERECHOS FUNDAMENTALES 0000950 /2016, seguidos a instancia de Camino frente a MINISTERIO FISCAL, EL CORTE INGLES SA, CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA, Clara , Santos , siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/D<sup>a</sup> **MANUEL CARLOS GARCIA CARBALLO**.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** D/D<sup>a</sup> Camino presentó demanda contra MINISTERIO FISCAL, EL CORTE INGLES SA , CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA , Clara , Santos , siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia, de fecha veintitrés de enero de dos mil diecisiete

**SEGUNDO:** En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

PRIMERO.- Camino empezó a prestar servicios por cuenta y bajo dependencia de la empresa demandada, EL CORTE INGLÉS, S.A., con la categoría profesional de DEPENDIENTA, el 21 de noviembre de 2002. SEGUNDO.- Camino fue trasladada al Centro de Oportunidades de Altamira el 10 de septiembre de 2013. Santos , en situación de prejubilado desde el 29 de febrero de 2016, era Jefe de Tienda y Clara era Segunda Jefe de tienda. TERCERO.- Camino coincidía con Clara en el cambio de turno, pues ésta prestaba servicios habitualmente en el turno contrario al de asignación a la demandante, además de en los días de turno ampliado y en los periodos de tiempo en los que Santos se encontraba de vacaciones. Nuria era la jefa inmediata de Camino en el turno de la misma. CUARTO.- Desde la llegada de Camino al centro de trabajo de Altamira el trato de Santos hacia la misma fue cordial. Sin embargo, con el paso del tiempo, el tono de las conversaciones que mantenía con la trabajadora fueron adquiriendo un tono más personal, siendo frecuente que preguntara a la misma sobre sus relaciones familiares, así como la realización de comentarios sobre su aspecto físico, aludiendo a que estaba muy guapa o a que le había sentado bien el cambio a Altamira. De la misma manera, fue aumentando el acercamiento físico y, así, al hablar con la demandante apoyaba una mano en su brazo o se acercaba mucho, amén de haber llegado a tocarle el pelo. En febrero de 2014 Santos llamó a Camino a su despacho para hablar con ella sobre el inventario y, durante el transcurso de la conversación, le tocó el pelo, diciéndole que lo tenía muy bonito, habiendo bajado las manos por su espalda hasta agarrarla por la cintura. Un par de días más tarde, habiendo sido llamada, de nuevo, al despacho de su jefe por este para hablar sobre el inventario, le taca la espalda, cuando salían de la estancia, habiendo dejado caer su mano hasta alcanzar las nalgas de la trabajadora. QUINTO.- En abril de 2014 Camino solicitó a la empresa un permiso por matrimonio a través de Santos . La empresa contempla un día adicional para sus trabajadores, de disfrute a continuación de los 15 días de permiso ordinario, y el mencionado negó a la demandante su derecho aludiendo a que ese día era sábado y a que no lo podía pedir. Como quiera que la demandante insistió en el reconocimiento de su derecho, su jefe le manifestó que iba a llamar a Personal y que, si se lo tenía que dar, que se lo daría, pero que esto le iba a costar muy caro. Finalmente, Camino disfrutó del día solicitado. SEXTO.- En junio de 2014 la trabajadora fue diagnosticada de un papiloma en un pie que requería la utilización de un calzado especial. Como quiera que su jefe no se avinieron a facilitarle el uso del mismo ni a permitirle usar el propio, tras presentación de informe médico el 6 de junio de 2014, la trabajadora curso solicitud ante el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales, habiéndole sido facilitado el mismo el 9 de junio de 2014. SEPTIMO.- Camino era especialmente seguida en el desempeño de su trabajo. Era frecuente que se la llamase la atención en público por realizar mal sus tareas, de malas maneras y a gritos, así como la recriminación de ir al baile de señoras, en lugar de al baño de personal, hubiera o no hubiera jabón en el mismo, circunstancia, ésta, que le fue comunicada en el despacho de Santos , por éste mismo, a gritos, con alusión al hecho de que no se podía lavar las manos antes del tiempo de descanso y menos en el baño de señoras. Asimismo, era frecuente que el mencionado acudiera al baño cuando lo hacía la trabajadora para recriminarle la cantidad de veces que acudía al mismo. De la misma manera, el mencionado llamaba la atención a la actora, utilizando iguales formas, por no quedarse a recoger fuera de su horario de trabajo, después de cerrar la caja, o por no esperar a que salieran del centro de trabajo el resto de sus compañeros. Finalmente, en una ocasión, habiéndose percatado



Santos de que en un paraban de la tienda no había nada de ropa, comenzó a gritar reiteradamente a Camino mientras ella trataba de explicarle que las prendas se habían vendido rápidamente, habiendo contemplado la escena las personas que se encontraban en el establecimiento, incluidos los clientes, avergonzando a la trabajadora. OCTAVO.- Camino , a pesar de su conocido pánico a las alturas, era obligada a subir a la máquina elevadora, destinada a la colocación de mercancía en el almacén a varios metros de altura, sin contar con la formación necesaria, ni con los adecuados equipos de protección individual. NOVENO.- En abril de 2015 Camino comunica a Santos su decisión de solicitar un permiso sin sueldo para cuidar de su madre, la cual iba a ser operada, habiendo aludido el mismo a que se iba a llevar una sorpresa. Con ocasión de la solicitud de la licencia, la actora tuvo conocimiento de que había una propuesta de despido disciplinario contra ella, la cual, finalmente, habría de convertirse en sanción con suspensión de empleo y sueldo por haberse probado la demandante ropa del establecimiento en horario de trabajo. DÉCIMO.- Era frecuente que Camino estuviera en caja más tiempo del que era habitual en otros trabajadores, siendo éste considerado por sus compañeros del centro un trabajo especialmente penoso. El establecimiento de los turnos de trabajo en las cajas de cobro, totalmente discrecional, era responsabilidad de Santos . UNDECIMO.- El día 16 de abril de 2016 Camino sufrió una crisis de ansiedad. DUODECIMO.- El día 18 de abril de 2015 el marido de la demandante acudió al centro de trabajo de la misma a realizar una compra, habiendo acudido Clara a realizar el cobro. Como quiera que el mencionado aludió al estrés laboral que venía sufriendo su mujer, la referida le manifestó a gritos que hablara con su jefe y que a ella no le dijera nada. Cuando el mencionado abandonó el establecimiento, Camino fue llamada al despacho de Santos donde Clara , en el trascurso de una fuerte discusión con la trabajadora, fuera de sí, aludió a que el marido de ella la había amenazado, invitando a la misma a que se vieran en la calle. El incidente fue presenciado por parte de la delegada sindical Daniela . DECIMOTERCERO.- El día 25 de mayo de 2015 la trabajadora solicitó un cambio de centro de trabajo. No consta que el traslado le fuera concedido por parte de la empresa DECIMOQUINTO.- El 4 de septiembre de 2015 Camino sufrió una nueva crisis nerviosa, habiendo sido diagnosticada de cuadro ansioso-depresivo derivado de una situación de acoso laboral. Tal circunstancia fue conocida por parte de la empresa DÉCIMOSEXTO.- El día 13 de octubre de 2015 Camino dio inicio al Protocolo de Acoso laboral y la Comisión Instructora para el tratamiento e investigación de situaciones de Acoso en El Corte Inglés, S.A. (C.I.T.S.A.), tras la investigación correspondiente, emitió informe en el que se indica que no quedó constatada la existencia de acoso sexual ni de acoso moral en el trabajo hacia la denunciante. Ningún responsable del CITSA acudió al centro de trabajo de Altamira antes de la evacuación del correspondiente informe. DÉCIMOSEPTIMO. - El día 15 de diciembre de 2015 la trabajadora presentó denuncia por acoso sexual y laboral en el trabajo ante la Guardia Civil de Culleredo, la cual dio lugar a las Diligencias Previas 24/2016 seguidas ante el Juzgado de Instrucción Número Cinco de A Coruña, actualmente en fase de instrucción. DECIMOCTAVO.- El día 3 de marzo de 2016 la trabajadora denunció los hechos ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. El informe de la Inspección de Trabajo, tras visita girada al centro de trabajo de Altamira a requerimiento de la trabajadora, concluye que, si bien no existen pruebas del acoso sexual y laboral denunciado, sí las hay respecto del "comportamiento inapropiado al haberle gritado al menos en dos ocasiones el Sr. Santos y una la Sra Camino ". DECIMONOVENO.- La actora se encuentra de baja laboral desde el 3 de septiembre de 2015 con diagnóstico de Trastorno Adaptativo Mixto de predominio depresivo.

**TERCERO:** En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

Que debo estimar y ESTIMO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por parte de Camino , con la intervención de la CIGA, contra la empresa EL CORTE INGLÉS, S.A., así como contra Santos y contra Clara , y, en consecuencia, DECLARO la nulidad radical de la actuación observada por Santos y por la empresa EL CORTE INGLÉS, S.A. respecto de Camino , vulneradora de los derechos fundamentales de la demandante, y ORDENO el cese inmediato de la misma, con reposición inmediata de Camino en la situación anterior a la producción del acoso del que ha sido objeto.

De la misma manera, CONDENO a Santos y a la empresa EL CORTE INGLÉS, S.A. a que, solidariamente, abonen a Camino la cantidad de 30.360 euros en concepto de indemnización.

Finalmente, ABSUELVO a Clara de cuantas pretensiones habían sido ejercitadas en su contra en méritos del presente procedimiento.

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Camino formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 15 de junio de 2017.

**SEXTO:** Admitido a trámite el recurso se señaló el día 8 de noviembre de 2017 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia de instancia que estima parcialmente la demanda de la actora contra la empresa EL CORTE INGLÉS S.A. y Santos , absolviendo de la misma a la codemandada Clara , declarando la nulidad radical de la conducta observada por las condenadas, ordenando el cese inmediato de la misma, además de la condena solidaria de la cantidad de 30.360 € en concepto de indemnización, recurren ambas interesando tanto la revisión fáctica como la jurídica, y además por parte de D. Santos , se alega la infracción de normas o garantías de procedimiento que derivan en indefensión por lo que el examen de dichos recursos ha de iniciarse por este motivo dado que de estimarse no podría resolverse sobre el fondo del asunto.

**SEGUNDO.-** Denuncia la recurrente la infracción del artículo 207,c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , que evidentemente se cita de forma errónea dado que dicho precepto se aplica al recurso de casación, si bien dicho error es subsanado por la Sala en tanto que el precepto aplicable sería el 193, a) de la misma norma. Como normas concretas infringidas cita el artículo 24 de la Constitución , 87.2 , 88.1 , 90.3 y 93 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social . Denuncia la recurrente que a lo largo del acto de juicio ha interesado práctica de prueba anticipada, sobre lo que la juzgadora no resolvió en momento alguno. Tal prueba consistió en documental médica previa a los partes aportados por la trabajadora, actuaciones del juzgado de instrucción y la Testifical de la Inspectora de Trabajo actuante. Se rechaza, porque no es exactamente cierto que la juzgadora haya ignorado dicha petición, habiendo resuelto por providencia de 16-11-2016; por otro lado, la denuncia que se lleva a cabo debe enfocarse por el apartado a) del artículo 163 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , previsto para situaciones en las que se infrinjan norma o garantías de procedimiento que deriven en indefensión. Dos son los requisitos exigidos, por un lado, la infracción de tales normas y que se produzca indefensión, lo que no es posible suceda cuando cabe subsanar la presunta infracción a través del apartado c) de dicho precepto. En concreto se señala que no se ha podido interrogar como testigo a la Inspectora de Trabajo actuante, lo que no es en modo alguno necesario dada su condición de funcionario público y el valor de sus resoluciones dictadas como tal. Y en relación con la documental ha sido debidamente cumplimentada con la aportada al acto de juicio copiosa y suficiente.

**TERCERO.-** Entrando ya en el examen de la revisión fáctica, en este caso del Corte Inglés, se interesa la adición de un nuevo hecho probado, primero, bis, en el que se señale que se divorció el 16 de mayo de 2017, que se rechaza por ser absolutamente intrascendente dado que no tiene relación alguna con la posible actuación de acoso a la que ha sido sometida la demandante.

Se rechaza la revisión del hecho probado segundo, por intrascendente.

Igualmente se rechaza la revisión del hecho quinto. Lo que se pretende es llegar a conclusiones distintas del juzgador sin más base que los interesados argumentos de la parte, puesto que no cabe la revisión negativa, es decir aquella que entiende insuficiente el medio de prueba en que el juzgador apoya su declaración, que es en definitiva el único argumento que se incluye para rebatirlo.

La revisión del hecho probado Sexto también es rechazable. Los documentos que cita acreditan que la actora ha recibido el calzado reglamentario, pero no desvirtúa las afirmaciones del juzgado en relación con los problemas para conseguirlo, conclusión a la que ha llegado en una valoración conjunta de la prueba.

Lo mismo sucede en relación con el hecho sétimo. La juez ha llegado a unas conclusiones en su valoración conjunta probatoria, y se pretende modificarlas en base un documento concreto de la demandada, a todas luces insuficientes.

Lo que lleva a rechazar el noveno, por los mismos argumentos, al igual que el undécimo, porque lo que se está discutiendo es si hubo o no acoso y no su mayor o menor influencia en la trabajadora, valorable en su caso a la hora de fijar la indemnización.

El duodécimo se mantiene, al no haber sustancial diferencia entre ambas redacciones y ser en todo caso intrascendentes.

Lo mismo cabe decir del décimo tercero, puesto que en definitiva se ignora si le fue o no concedido el traslado.

En relación con el hecho décimo cuarto se rechaza porque difícilmente cabe deducir la redacción que se pretende del documento que se aporta, dado que la existencia de error en la apreciación del juzgador de instancia debe ser concreta, evidente y cierta, y debe advertirse sin necesidad de conjeturas, hipótesis o razonamientos.

Se rechaza la revisión del hecho quinto, porque si bien el parte médico de baja y confirmación nada dice sobre el motivo de la misma, no sucede lo mismo con el informe médico aportado por la actora obrante al folio 36 de su prueba, que meridianamente señala que está siendo tratada por trastorno ansioso-depresivo reactivo a



situación laboral, lo que acredita que la juzgadora ha examinado debidamente la propia adecuada para cada situación.

Se rechaza adicionar un nuevo hecho probado, décimo quinto bis, porque nada tiene que ver con la cuestión a examinar correspondiendo con un avatar de la vida laboral diaria.

También se rechaza la redacción alternativa del hecho probado décimo sexto, al no suponer modificación sustancial de lo señalado por la juez.

Se rechazan ya el resto de modificaciones por intrascendentes.

**CUARTO.-** Pasamos a examinar la petición de revisión fáctica que lleva a cabo D. Santos .

Parece razonable, recordar aquí que en el proceso laboral no existe la segunda instancia, sino un recurso extraordinario de suplicación que solamente puede fundamentarse en los motivos de recurso establecidos con carácter tasado por la Ley. Así se deduce sin dificultad antes y ahora de los artículos 193 y 196 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social . En los motivos de infracción de normas jurídicas sustantivas del apartado c) del art. 193 debe partirse de la relación fáctica de la sentencia salvo que se logre su modificación por el cauce del art. 193.b) en relación con el 196.3, y deben señalarse expresamente los preceptos y jurisprudencia que se consideren infringidos por el juzgador de instancia.

La naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación ha sido reconocida reiteradamente por el Tribunal Constitucional, al declarar que aquél no es un recurso de apelación ni una segunda instancia, sino un recurso de objeto limitado, en el que el Tribunal *ad quem* no puede valorar *ex novo* toda la prueba practicada ni revisar el derecho aplicable, sino que debe limitarse a las concretas cuestiones planteadas por las partes, en especial el recurrente, que por ello mismo debe respetar una serie de requisitos formales impuestos por la Ley. El carácter cuasicasacional del recurso de suplicación justifica la exigencia de estos requisitos procesales, aunque ciertamente, desde la perspectiva constitucional, en último extremo lo relevante no es la forma o técnica del escrito de recurso, sino su contenido ( senten cias del TC 29 de junio de 1998 [ RTC 1998, 135 ] , 93/97, de 8 de mayo de 1997 [ RTC 1997 , 93 ] y 18/93 de 18 enero de 1993 [ RTC 1993, 18 ] ), totalmente aplicable hoy en día.

Y para la modificación del relato de hechos probados de la sentencia de instancia es doctrina jurisprudencial constante y uniforme la que exige, para que tal clase de pretensión prospere, los siguientes requisitos:

a) Solamente puede solicitarse la revisión de hechos probados en base a prueba documental, que obre en autos (ya por haber sido aportada en la instancia, bien porque haya llegado a ellos en base al mecanismo especial contemplado en el artículo 233), practicada, dice la Ley, o pericial practicada en la instancia.

b) Existencia de error en la apreciación del juzgador de instancia que debe ser concreto, evidente y cierto, y debe advertirse sin necesidad de conjeturas, hipótesis o razonamientos, ni puede basarse en documentos o pericias a las que se hayan opuesto documentos o pericias por la otra parte, precisándose, por ello, de una actividad de ponderación por parte del juzgador, sin que, tampoco, sea admisible la alegación de prueba negativa, aquella que entiende insuficiente el medio de prueba en que el juzgador apoya su declaración.

c) Que el hecho cuya modificación se pretende sea trascendente en el fallo, es decir ha de servir de soporte al motivo jurídico que alterará el pronunciamiento.

d) Proposición de un texto alternativo a la redacción cuya modificación se pretende.

Con estos antecedentes se rechaza la adición de un hecho probado bis, como ya se hizo al resolver el recurso del Corte Inglés, por lo mismos argumentos allí contenidos, carece de trascendencia.

Se rechaza totalmente la modificación del hecho probado cuarto, que se pretende se redacte de la forma siguiente:

"Cuarto. - No hay prueba alguna que acredite el acoso sexual, ningún trabajador ha declarado presenciar ningún acto que pueda calificarse de acoso sexual"

El rechazo es obligado porque se trata de prueba negativa, aquella que entiende insuficiente el medio de prueba en que el juzgador apoya su declaración, que ya se ha dicho que es inadmisibile.

Y en todo caso se rechazan todas y cada una de las revisiones fácticas incluidas en el recurso dado que son prácticamente idénticas a las contenidas en el del Corte Inglés, con los mismos argumentos porque las causas de la negativa han de ser las mismas. Lo que se pretende en uno y otro no es una revisión de hechos probados sino una nueva y diferente redacción fáctica de la sentencia, lo que es imposible en suplicación.



**QUINTO.-** Ya en vía de revisión jurídica y con amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social ambas partes denuncian la infracción de la valoración de la carga de la prueba y la inexistencia de acoso llegando a defender D. Santos que todo es una invención de la trabajadora dado el trastorno de personalidad que padece.

Son dos las cuestiones a examinar, por un lado la existencia de una situación de acoso sexual unida a una posterior situación acoso laboral o mobbing.

En relación con la primera, además de los argumentos en favor de acreditación del acoso contenidos en la sentencia de instancia, sobre la cuestión esta Sala ya se ha pronunciado en la sentencia de 22 de enero de 2010, (Rec. 4677/2009 ), sentando la siguiente doctrina:

" De conformidad con el artículo 7.1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres , "sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal (y) a los efectos de esta Ley", se define el acoso sexual como "cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo". A la vista de esta definición, son elementos del acoso sexual (1) los comportamientos verbales o físicos de acoso, (2) de carácter sexual, y (3) que sean ofensivos, o sea que estemos ante unos comportamientos antijurídicos.

También la LOIEMH recoge un concepto de acoso por razón de sexo que se define como "cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo". A la vista de esta definición, los elementos del acoso por razón de sexo son semejantes a los del acoso sexual, salvo la "naturaleza sexual" del acoso sexual, que es sustituida por la nota de ser este acoso "realizado en función del sexo de una persona".

En la Sentencia 224/1999, de 13 de diciembre, del Tribunal Constitucional , el carácter sexual del acoso sexual -que lo diferencia del acoso por razón de sexo- se equiparaba con la libidinosidad, o finalidad de realizar actos carnales. Al contemplar el acoso por razón de sexo, la LOIEMH relativiza esa exigencia porque todos los comportamientos ofensivos relacionados con el sexo de la víctima, aunque no sean de carácter sexual, siguen siendo acoso, si bien lo serán por razón de sexo, y ambos acosos son discriminatorios por razón de sexo - artículo 7.3 de la LOIEMH -, y con idéntica protección jurídica legal.

Una comparativa con las definiciones contenidas en la Directiva 2006/54 / CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006 -artículos 2.1.c ) y d )- nos permite comprobar que, en estas definiciones comunitarias, se exige, además de que el comportamiento tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona y, en su caso, de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo, que el comportamiento sea no deseado, lo cual no deja de ser paradójico porque parece dar a entender que un acto objetivamente ofensivo no es acoso si además no es no deseado -es decir si la víctima no manifiesta una negativa al acto objetivamente ofensivo-.

La adecuada corrección de esa ilógica consecuencia ha venido de la mano de la jurisprudencia, que se ha situado en la línea de relativizar la exigencia de un no rotundo para considerar la existencia de un acoso sexual, y, en este sentido, la Sentencia 224/1999, de 13 de diciembre, del Tribunal Constitucional . Y, sin duda para evitar lecturas erróneas, la LOIEMH ha prescindido de esa precisión. Por lo tanto, no es necesario acreditar, cuando el acercamiento sexual objetivamente ofensivo, una negativa de la víctima para la constitución del ilícito, sin perjuicio, naturalmente, de que, si la víctima consiente expresamente o ha realizado actos inequívocos de consentimiento, desaparezca la ofensividad, aunque entonces es el agresor quien deberá de acreditar la causa de justificación.

No supone lo anterior que los actos no ofensivos en sentido objetivo no puedan constituir acoso sexual o por razón de sexo. Pero entonces sería necesario, para la constitución del ilícito, que mediase una negativa expresa o inequívoca de la víctima, que convertiría la reiteración en un hostigamiento.

Por lo demás, el artículo 7.4 de la LOIEMH -siguiendo los dictados de la Directiva 2006/54 /CE - establece que "el condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo". De este modo, el ilícito se duplica, existiendo, por un lado, el acoso, y, por otro lado, la retorsión, ambos ilícitos"

En referencia a la carga de la prueba en ambas situaciones, acoso sexual, laboral y mobbing en su caso, Como recuerda la Sala en sus sentencias de 21-12-11 (Rec. 4581/12 ) y 20-10-11(Rec.4788/11 ), "cabe indicar en primer lugar que esta Sala ha venido afirmando, así Sentencia de 22 de julio de 2008 ( recurso nº 2474/2008 ) (AS 2008, 2478) que desde su sentencia 38/91, el Tribunal Constitucional (RTC 1991, 38) (TC ) resalta la importancia de las reglas de distribución de la carga de la prueba y declara que cuando se alegue que una



decisión o práctica empresarial encubre en realidad una conducta lesiva de los derechos fundamentales, incumbe al empresario la carga de probar que su actuación obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental, y que para imponer la carga probatoria expresada no es suficiente con que el trabajador efectúe la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que ha de aportar un indicio razonable de que el acto o práctica empresarial lesiona sus derechos fundamentales para poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquel acto o práctica.

Con relación a la existencia del acoso laboral, aunque no existe una definición legal, se pueden destacar, de acuerdo con los estudios doctrinales más solventes, los siguientes elementos básicos de esa conducta que son: a) la intención de dañar, ya sea del empresario o de los directivos, ya sea de los compañeros de trabajo; b) la producción de un daño en la esfera de los derechos personales más esenciales; c) el carácter complejo, continuado, predeterminado y sistemático. Son situaciones de hostigamiento a un trabajador frente al que se desarrollan actitudes de violencia psicológica de forma prolongada, y que conducen a su extrañamiento social en el marco laboral, le causan alteraciones psicosomáticas de ansiedad y en ocasiones consiguen el abandono del trabajador del empleo, al no poder soportar el stress al que se encuentra sometido.

Otros autores lo definen en los siguientes términos; "situación en la que una persona (o, en raras ocasiones, un grupo de personas) ejercen una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente, durante un tiempo prolongado sobre una persona o personas en el lugar de trabajo" (Heinz Leymann); "toda conducta abusiva (gesto, palabra, comportamiento, actitud...) que atenta, por su repetición o sistematización, contra la dignidad o la integridad física o psíquica de una persona, poniendo en peligro su empleo o degradando el ambiente de trabajo".

La situación fáctica de acoso moral se manifiesta a través de conductas hostiles contra la dignidad personal de la víctima - injurias, burlas, mofas, críticas o cualesquiera otros actos de escarnio- o contra su profesionalidad -encargos monótonos, innecesarios, desproporcionados, abusivos o impropios de su categoría profesional-. Tales manifestaciones externas del acoso moral, sean directas o sean indirectas mediante manipulación de la información -creación de situaciones de ambigüedad de roles o acentuación de errores y minimización de logros-, determinan un conflicto, aunque ese conflicto puede ser más o menos explícito o más o menos larvado. No obstante, el conflicto y el acoso moral no son realidades correlativas, de modo que ni todo conflicto es manifestación de un acoso moral, de donde la existencia de acoso moral no se prueba con la simple existencia de un conflicto, ni la ausencia de un conflicto explícito elimina la existencia de acoso moral, al resultar factible la existencia de un acoso moral subrepticio. Aunque, unido a otros indicios, la existencia de conflicto explícito puede ser un indicio -un indicio no determinante a la vista de la posibilidad de existencia de un conflicto sin un acoso moral- de la existencia de un acoso moral.

Pero de todas formas se impone distinguir entre lo que propiamente es hostigamiento psicológico con el defectuoso ejercicio - abusivo o arbitrario- de las facultades empresariales. En el primero se agreden derechos fundamentales de la persona - básicamente su dignidad e integridad moral-, en tanto que el segundo se limita a comprometer estrictos derechos laborales; diferencia que incluso puede predicarse de la motivación, dado que en el hostigamiento se aprecia intención de perjudicar al trabajador y en el ejercicio indebido de la actividad directiva prima el interés -mal entendido- empresarial. ( S.TSJ Galicia de 12-9-0 2 (AS 2002, 2603) ).

Pero también ejercicio arbitrario del poder empresarial y acoso moral se diferencian por el perjuicio causado. En el primer caso pueden verse afectados los derechos laborales sobre lugar, tiempo, modo y contraprestación por el trabajo, en el segundo su integridad psíquica, su salud mental.

Esta diferencia exige por tanto la práctica de medios de prueba distintos y así quien invoque padecer acoso moral no basta con que acredite posibles arbitrariedades empresariales ejerciendo su poder directivo, sino que es preciso demuestre: «Que la finalidad del empresario como sujeto activo del acoso o en su caso como sujeto tolerante del mismo era perjudicar la integridad psíquica del trabajador o desentenderse de su deber de protección en tal sentido. Y que se le han causado unos daños psíquicos, lo que exige la existencia de una clínica demostrativa de la patología descrita por la psicología...».

Además, este tipo de comportamiento se caracteriza por una única finalidad: la de destruir a la víctima. Ciertamente, el fin buscado es el de colocar al trabajador en una situación extrema de sufrimiento personal que le lleve, según el acosador sea un compañero o el empresario, bien a desistir de sus derechos profesionales (y. gr., promoción), bien a abandonar voluntariamente la empresa. Solamente una persona destruida psicológicamente puede tomar tales decisiones Este daño psicológico suele manifestarse en un grave deterioro de la salud mental y física, concretado en problemas de de presión (llantos, abatimiento general, desmotivación, tristeza), ansiedad (irritabilidad, crisis de pánico previas a la incorporación al puesto de trabajo, nerviosismo, angustia), disminución del rendimiento laboral (desinterés por los fines e intereses de la empresa, falta de concentración y agilidad mental) y hasta físicos y psicosomáticos (gástricos, dolores de espalda y



nuca, dificultades de respiración, cansancio, insomnio, vértigos, mareos). En ocasiones extremas, el acoso psicológico puede derivar en una enfermedad física o psíquica crónica e irreversible. Además, no cabe obviar los problemas familiares que esta situación puede conllevar, como p. e., la separación conyugal.

La Resolución del Parlamento Europeo sobre el acoso en el lugar de trabajo (2001/2339 (INI), publicada mediante Acta del 20 de septiembre de 2001, hace una serie de consideraciones sobre el acoso moral en el lugar de trabajo, así como una serie de llamamientos tanto a empresarios, a la Comisión y al Consejo, a los Estados miembros y en general a las instituciones comunitarias ante la creciente alarma social que la situación del acoso psicológico en el lugar de trabajo está generando, poniendo de relieve las consecuencias perniciosas que tal situación genera en la salud, desembocando a menudo en enfermedades relacionadas con el estrés.

Los mecanismos del «mobbing» -en su variedades vertical y horizontal- admiten pluralidad de formas (medidas organizativas del trabajo que resulten peyorativas para el afectado, actitudes de aislamiento en el seno de la empresa, agresiones verbales por medio de insultos, críticas, rumores o subestimaciones-) y pueden tener por sujeto activo tanto a compañeros de trabajo («mobbing» horizontal) como al personal directivo («bossing»), el que incluso puede ser sujeto pasivo («mobbing» vertical); aunque sin duda, el más característico y usual es el que parte de una relación asimétrica de poder. Pero en todo caso es claro que este fenómeno, muy antiguo aunque de reciente actualidad (véase Internet), es contrario al principio de igualdad de trato, tal como se define en los arts. 3, 4 y 5 de la Directiva Comunitaria 76/207 (9 febrero) (LCEur 1976, 44), vulnera el derecho a la integridad moral y la interdicción de tratos inhumanos o degradantes que consagra el art. 15 CE, y en el ámbito normativo laboral desconoce el derecho que a todo trabajador reconoce el art. 4.2.e) ET, para que se le respeten su intimidad y la consideración debida a su dignidad."

En el caso de auto, la sentencia efectivamente lleva a cabo un exhaustivo examen de las conductas denunciadas, en uno y otro caso, y como se ha visto, resuelve en favor de admitir la existencia de ambas situaciones. La juez de instancia cumple con la obligación de aceptar la prueba de indicios, los ha examinado y aceptado. De ahí que una vez examinadas por el juzgador los indicios ya no son tales sino que se convierten en hechos probados y como tales han de ser tratados.

Y en relación con el acoso sexual el hecho cuarto de la sentencia describe una clara situación de acoso sexual, que además la juez de instancia le da veracidad con los argumentos de verosimilitud, persistencia y firmeza mantenida por la trabajadora en el acto de juicio. Si la carga de la prueba de estas situaciones es difícil mucho más lo es cuando se corresponden con situaciones en la intimidad, de ahí que la confesión o interrogatorio de parte de la víctima, pueda servir para enervar el derecho a la presunción de inocencia cuando los jueces asimilan tales aseveraciones, si no hay razones objetivas que hagan dudar de la credibilidad de quien así se expresa, o que puedan invalidar sus afirmaciones. Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 2-6-92, evidentemente no aplicable directamente al supuesto de autos pero sí asumible en la jurisdicción social dado que en el orden habitual del acontecer social la solicitud sexual no se acompaña de publicidad, lo que elimina los testigos. Por ello la Inspección de Trabajo no informa sobre la cuestión dado que lo viene haciendo sobre situaciones comprobadas personalmente por el Inspector actuante, lo que no implica la inexistencia del hecho.

Los recursos que se formulan inciden en la ausencia de indicios razonables, lo que ya ha sido rechazado en instancia.

Y a la misma conclusión ha de llegarse en relación al acoso o mobbing denunciado y aceptado por la juez de instancia dado que se trata de una descripción de acoso continuado y persistente, que al no haber prosperado las revisiones fácticas implican que se acepten como veraces.

Finalmente, ante la negativa del Corte Inglés a verse afectado por algún grado de responsabilidad, se ha de recordar que según el artículo 48 de la LOIEMH, "la empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo". La imperatividad de la norma, al hablar de "deberán promover", supone claramente una obligación de la empresa de adoptar medidas preventivas, que este caso al menos no han surtido efecto dado que el acosador no era un trabajador cualquiera sino el Jefe de Tienda del Centro de Altamira.

Por todo ello ambos recursos han de ser desestimados y confirmada la sentencia de instancia, y dando a consignación y depósito el destino reglamentario se condena a ambas recurrentes a abonar cada una de ellas la cantidad de 300 € a cada letra impugnante de los recursos en concepto de honorarios.

**VISTOS** los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

**FALLAMOS**





Que desestimando los recursos de suplicación interpuestos por el CORTE INGLES S.A. y D. Santos , contra la sentencia dictada por el juzgado de lo social número tres de A Coruña, en juicio instado por Camino Y LA CIGA, contra las recurrentes la Sala la confirma plenamente y dando a consignación y deposito el destino reglamentario se condena a las recurrentes a abonar cada una de ellas la cantidad de 300 € a cada letrada impugnante de los recursos en concepto de honorarios.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, haciéndoles saber que, contra la misma, sólo cabe Recurso de Casación para Unificación de Doctrina que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social, dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de esta Sentencia y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y siguientes de la Ley de Jurisdicción Social. Si la recurrente no estuviere exenta de depósito y consignación para recurrir, deberá ingresar:

-La cantidad objeto de condena en la c/c de esta Sala nº 1552 0000 80 (nº recurso) (dos últimas cifras del año).

-El depósito de 600 euros en la c/c de esta Sala nº 1552 0000 35 (nº recurso) (dos últimas cifras del año).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.